



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia  
Colombia

HINESTROSA, FERNANDO

El Código Civil de Bello en Colombia

Revista de Derecho Privado, núm. 10, enero-junio, 2006, pp. 5-27

Universidad Externado de Colombia

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537586001>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# El Código Civil de Bello en Colombia\*

FERNANDO HINESTROSA

SUMARIO: I. *Legislación y formación de la República.* - II. *Codificación civil y acogimiento del Código de Bello.* - III. *Modificaciones introducidas al Código de Bello por el Estado de Santander.* - IV. *El matrimonio y la filiación en los demás códigos.* - V. *El Código Civil nacional.* - VI. *Modificaciones inmediatas.* - VII. *Las principales leyes reformativas del Código Civil.* - VIII. *En materia de matrimonio, filiación, régimen sucesoral y estado civil.* - IX. *En materia de derechos reales.* - X. *En materia de obligaciones y contratos.* - XI. *Conatos de reforma y sustitución del Código.* - XII. *Algunas reformas producto de jurisprudencia pretoriana.* - XIII. *La responsabilidad en el ejercicio de actividades peligrosas.* - XIV. *Algunas declaratorias recientes de inconstitucionalidad.* - XV. *Difusión y empleo del derecho chileno en Colombia.* - XVI. *El futuro del Código Civil.*

## I. LEGISLACIÓN Y FORMACIÓN DE LA REPÚBLICA

Igual que los demás virreinos, provincias y capitanías generales pertenecientes al Reino de las Indias, el Nuevo Reino de Granada, hoy Colombia, estuvo regido durante la Colonia por las leyes españolas y las leyes indianas, esto es, singularmente por las Siete Partidas, la Nueva Recopilación de Castilla, la Novísima Recopilación y la Recopilación de Indias. Alcanzada del todo la independencia en 1819, y coligadas las Repúblicas de Venezuela y la Nueva Granada, el Congreso de Angostura expidió el 17 de diciembre de ese año una "Ley Fundamental de la República de Colombia", conformada por los departamentos de Venezuela, Quito y Cundinamarca, nombre este que sustituyó al de Nueva Granada. El Congreso reunido en Cúcuta en 1821, con representación de dichos tres departamentos, expidió una "Ley Fundamental de la República de Colombia", cuyo artículo 188 dispuso: "Se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta

\* Contribución al Congreso internacional en conmemoración del CL aniversario de la promulgación del Código Civil de Chile, Santiago de Chile, 3 a 6 de octubre de 2005.

Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso". La Gran Colombia subsistió hasta 1830, cuando Venezuela y Ecuador se separaron y se erigieron en repúblicas independientes, y formalmente desapareció con la "Ley Fundamental de la Nueva Granada" de 1831, formada como "un estado por las Provincias del Centro de Colombia"<sup>1</sup>.

FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, Vicepresidente de la Gran Colombia, encargado del poder ejecutivo mientras los ejércitos libertadores consumaban la independencia de Venezuela, Ecuador, Perú y Bolivia, "deseando el gobierno emplear todos los medios posibles, a fin de presentar al futuro Congreso un proyecto de Código Civil y Criminal que facilite la administración de justicia en la República, sin las trabas y embarazos que ofrece la actual legislación española, y considerando que un trabajo de tal naturaleza demanda tiempo y serias meditaciones a que tal no podría entregarse el Congreso ocupado en el corto período de las sesiones de objetos de mayor preferencia", creó por medio del Decreto del 5 de enero de 1821 "una comisión de letrados para que preparara un proyecto de código civil y uno de código criminal [...] Comisión que habría de redactar 'un proyecto de legislación propio y análogo a la República', teniendo en cuenta tanto los códigos civiles y penales más célebres de Europa, la legislación española, como las bases fundamentales de organización del Gobierno de Colombia"<sup>2</sup>. No se tiene noticia de que la Comisión hubiera adelantado su trabajo y menos de que hubiera cumplido su cometido.

Avanzado el año de 1829, BOLÍVAR, quien para entonces había asumido la plenitud de los poderes, dispuso que una comisión examinara el Código de NAPOLEÓN para presentarlo, con las reformas del caso, al Congreso Constituyente<sup>3</sup> previsto para comienzos del año siguiente. Tampoco hay rastro del desempeño de tal comisión.

Estos antecedentes nacionales corren parejos con la conocida iniciativa de Dn. BERNARDO O'HIGGINS en 1822, para Chile, de que se tradujera y pusiera en vigor el *Code civil français*<sup>4</sup>, común para entonces en la América hispana, que se cristalizó en el Código Civil de Oaxaca y en el de la República Dominicana, explicable como reacción natural movida por el ánimo de afirmar la soberanía reciente, análogamente a como lo habían venido haciendo los nuevos Estados nacionales europeos, acá, además, como ruptura con el régimen español abominado, en especial luego de la

1 F. VÉLEZ. *Datos para la historia del derecho nacional*, Medellín, Imprenta del Departamento, 1891, 8 y 10.

2 F. MAYORGA-GARCÍA. *El proceso de codificación civil en Colombia*, Bogotá, 2005, manuscrito, 3. íd. "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n.º 14, Santiago, Facultad de derecho de la Universidad de Chile, 1991, 291-313.

3 íd. *El proceso de codificación civil en Colombia*, cit., 4.

4 P. LIRA-URQUIETA. Introducción, en *Andrés Bello*, XII, *Código Civil de la República de Chile*, 1, Caracas, Ministerio de Educación, 1954, XIV.

guerra a muerte, y en lo que hace al seguimiento del modelo francés, por el deslumbramiento general que aquí y allá produjo dicha codificación.

Una Ley del 4 de mayo de 1843 dispuso que el poder ejecutivo hiciera formar y publicar una recopilación de leyes y decretos expedidos por la República, vigentes hasta la fecha. Esta obra se formó y publicó en 1845<sup>5</sup>.

En 1854 fueron presentados a la consideración del Congreso proyectos de varios códigos, entre ellos el civil<sup>6</sup>, ninguno de los cuales prosperó.

Por Ley del 29 de junio de 1858, la Confederación Granadina estableció el orden en que debían aplicarse las leyes: 1.º La que expida el Congreso de la Federación; 2.º Las expedidas por los congresos de la Nueva Granada desde 1845 hasta 1857; 3.º Las de la Recopilación de Granadina; 4.º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español en el territorio que forma la Confederación Granadina; 5.º Las de la Recopilación de Indias; 6.º Las de la Nueva Recopilación de Castilla; 7.º Las de las Partidas<sup>7</sup>.

## II. CODIFICACIÓN CIVIL Y ACOGIMIENTO DEL CÓDIGO DE BELLO

A partir de la Constitución de la República de la Nueva Granada de 1853 y durante la Confederación Granadina (de 1858 a 1863) y los Estados Unidos de Colombia (de 1863 a 1886), se fueron creando Estados sucesivamente: Panamá, Antioquia, Cauca, Cundinamarca, Boyacá, Bolívar, Magdalena, Tolima, con poder para dictar su propia Constitución y adoptar códigos. En esa razón, cada Estado fue expidiendo su propio Código Civil, como también lo hizo luego la Unión, respecto de los territorios administrados por ella. Téngase presente que paralelamente la Nación emprendió otras reformas fundamentales: la separación del Estado y de la Iglesia, la desamortización de los bienes de "manos muertas", la universalización y laicización de la educación.

Para el año de 1856, Dn. MANUEL ANCÍZAR, distinguido científico, diplomático y político, quien había desempeñado la representación nacional ante el Gobierno de Chile, donde trabó amistad con Dn. ANDRÉS BELLO, se dirigió a él en estos términos:

... se ha dado en mi país el último paso para establecer por fin la completa independencia municipal de las secciones, las cuales en lo sucesivo se gobernarán por sí mismas siendo dueñas de todos sus intereses particulares. Entre las nuevas atribuciones que están a punto de conferirse a las grandes provincias que se organizarán dentro de un año con el nombre de Estados, se numera la de darse cada cual la legislación civil y penal que convenga. Pues bien, de varias partes me han manifestado el deseo de poseer el Código civil que U. elaboró para Chile, y me han hecho el encargo de solicitarlo. Es seguro que U.

5 VÉLEZ. *Datos para la historia del derecho nacional*, cit., 209.

6 MAYORGA-GARCÍA. *El proceso de codificación civil en Colombia*, cit., 5.

7 VÉLEZ. *Ob. cit.*, 77.

con su bondad genial, se prestará a satisfacer aquel deseo recomendable, pues se trata de aprovecharnos del saber de otros países y de preferir a cualesquiera otras las doctrinas legales profesadas en nuestra Sur América, lo cual puede ser un primer paso dado hacia la apetecida unidad social de nuestro continente<sup>8</sup>.

Dicha petición fue atendida sin tardanza, y el Ministerio de Relaciones de Chile envió cuatro ejemplares del "Código civil que debía regir desde el 1.º de enero del próximo año"<sup>9</sup>.

El Estado de Santander, constituido en mayo de 1857, emprendió la labor de darse un Código Civil, que culminó con la expedición de la ley el 12 de octubre de 1858, sancionada el día 18, por el doctor MANUEL MURILLO TORO, Presidente del Estado, quien había puesto todo empeño en su elaboración, análogamente a como luego habría de hacer con el Código Civil de la Nación en 1873, siendo Presidente de la Unión. El artículo 1.º de aquella ley dispone: "*Adóptase como lei del Estado el Código civil de la República de Chile, sancionado el 15 de diciembre de 1855, con las adiciones, supresiones i variaciones siguientes...*"<sup>10</sup>. Ese Código habría de comenzar a regir el 1.º de enero de 1860, pero su eficacia se pospuso hasta el 1.º de julio del mismo año<sup>11</sup>.

Paralelamente, avanzado el año de 1857, el recientemente creado Estado de Cundinamarca dispuso la elaboración de códigos, entre ellos el civil, tarea en la que se avanzó a lo largo del año siguiente, a cuyo final fue aprobado. Sancionada la ley el 8 de enero de 1859 y dispuesta su entrada en vigor para el 1.º de junio siguiente, el comienzo de su vigencia fue aplazado luego hasta el 1.º de enero de 1860<sup>12</sup>.

El Estado del Cauca, por Ley del 8 de octubre de 1859, adoptó el Código Civil de Chile, que debería entrar a regir el 20 de julio de 1860<sup>13</sup>, habiendo tomado al de Cundinamarca como modelo.

El 23 de octubre de 1860, el Estado de Panamá expidió el Código Civil, cuya vigencia comenzó el 1.º de marzo de 1862. Y en noviembre de aquel año se dispuso la vigencia en el nuevo Estado del Tolima de las leyes que regían en el Estado de Cundinamarca<sup>14</sup>.

El Estado de Bolívar expidió un Código Civil el 1.º de febrero de 1862, que comenzó a regir el 26 de julio de 1862<sup>15</sup>. Y uno segundo el 22 de noviembre de 1883, siempre dentro del patrón del chileno.

8 E. HARKER PUYANA. "El Código de don Andrés Bello en Colombia", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 201, 1973, 29; MAYORGA-GARCÍA. *El proceso de codificación civil en Colombia*, cit., 7.

9 *Ibíd.*, 9.

10 La ley de la Asamblea Legislativa del Estado fue publicada en *Gaceta de Santander*, año 1, n.º 60, Bucaramanga, 6 de noviembre de 1858.

11 Según ley del 6 de julio de 1859, publicada en *Gaceta de Santander*, n.º 79. Cfr. MAYORGA-GARCÍA. *Ob. cit.*, 35.

12 *Ibíd.*, 9, 32 y 34.

13 *Ibíd.*, 35.

14 *Ibíd.*, 36 y 40.

En noviembre de 1863, el Estado de Boyacá adoptó el Código Civil de Cundinamarca, con vigencia desde el 10 de noviembre de 1864.

El Estado de Antioquia hizo otro tanto por ley de septiembre de 1864, que entró a regir el 1.º de enero de 1865<sup>16</sup>.

El Estado de Magdalena, que se había anticipado a expedir un Código Civil de cuño diferente en 1857, en octubre de 1866 adoptó el Código de Cundinamarca, llamado a regir desde el 1.º de febrero de 1867.

Por la Ley 84 del 26 de mayo de 1873, los Estados Unidos de Colombia adoptaron como Código Civil de la Unión el Código Civil de Chile, con algunas modificaciones, siguiendo el ejemplo de otras naciones hispanoamericanas y de los distintos Estados colombianos, código aplicable en los territorios administrados directamente por el Gobierno Nacional<sup>17</sup>.

Queda así en claro cómo y cuándo llegó a nuestro país el Código Civil de Chile o Código de Bello. Los Estados de la Confederación Granadina, luego de los Estados Unidos de Colombia, lo fueron adoptando sucesivamente, todos, y por último la Unión, con algunas modificaciones que se habrán de resaltar más adelante, a partir del Estado de Santander, que sancionó la ley el 18 de octubre de 1858, seguido del Estado de Cundinamarca, que hizo lo propio el 8 de enero de 1859. Solo que este comenzó a regir el 1.º de enero de 1860 y aquel el 1.º de julio siguiente. Y cuando se erigió la República unitaria, el Código Civil de la Unión de 1873, una versión bastante próxima al original del señor BELLO, fue adoptado para toda la Nación.

El Código Civil de Chile tiene 2.524 artículos en numeración continua, más uno llamado "final" relativo a su observancia: a partir del 1.º de enero de 1857, pues concluye con el título XLII del libro 4.º, "De la prescripción", al paso que los códigos colombianos llegan al artículo 2.683, al agregar un título "De los notarios públicos en los territorios" y otro "Del registro de instrumentos públicos", que, por cierto, fueron rehechos y desglosados del Código, en su orden, mediante los decretos extraordinarios 960 y 1250 de 1970. De todas formas los códigos colombianos contienen veintinueve artículos más, resultantes de preceptos adicionales introducidos en el título preliminar.

### III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS AL CÓDIGO DE BELLO POR EL ESTADO DE SANTANDER

La ley de 1858 que adoptó el Código Civil de Chile para el estado de Santander indicó una a una las "adiciones, supresiones i variaciones" introducidas a aquel estatuto, dentro de las cuales las más significativas, en especial teniendo en cuenta la época, fueron las siguientes:

15 *Ibíd.*, 37 s.

16 *Ibíd.*, 40 s.

17 VÉLEZ. *Datos para la historia del derecho nacional*, cit., 84.

Respecto del matrimonio: "Las demandas sobre nulidad del matrimonio no se pueden intentar sino por los contrayentes, sus padres, curadores, o por algún tercero interesado en ello". "El matrimonio se disuelve por la muerte o por la voluntad de uno de los cónyuges", "No podrá disolverse el matrimonio: 1. Si el varón es menor de veinticinco años i la mujer menor de veintiuno; i 2. Cuando no han transcurrido dos años después de celebrado el matrimonio". "La mujer tendrá derecho a la mitad de los bienes del marido cuando el matrimonio hubiere sido disuelto por voluntad de este, sin causa legal. Si el matrimonio se hubiere disuelto por voluntad de la mujer, con causa legal, tendrá también derecho a la mitad de los bienes del marido. Cuando la mujer no reclame la mitad de los bienes del marido queda este en la obligación de pasarle alimentos mientras no contraiga segundas nupcias". "El marido no será obligado a dar la mitad de sus bienes, ni a pasar alimentos a su consorte, cuando en el juicio sobre disolución del matrimonio probare alguna de las causas siguientes: 1.ª El adulterio de la mujer; 2.ª La embriaguez habitual de la mujer; 3.ª El absoluto abandono de los deberes de esposa o de madre". "La mujer tiene derecho a la mitad de los bienes del marido o a que este le pase alimentos, cuando compruebe una de las causas siguientes: 1.ª El amancebamiento del marido; 2.ª La embriaguez habitual del marido; 3.ª Las graves i frecuentes injurias o la sevicia".

En cuanto a la filiación: "Se llaman hijos naturales: 1.º Los ilejítimos que han obtenido el reconocimiento de su padre, o ambos, otorgado por instrumento público entre vivos o por acto testamentario; 2.º Los ilegítimos que han obtenido espresa o presuntivamente el reconocimiento de su padre o madre, o ambos, a virtud de demanda judicial intentada con lo que en este Código se dispone; 3.º Los demás ilejítimos, que conforme a la lei deben tener o mirarse como hijos de ciertas i determinadas personas". "Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, i tendrán la calidad legal de hijos naturales respecto del padre o madre que los haya reconocido". "El hijo que no ha sido reconocido voluntariamente con las formalidades legales podrá pedir que su padre o madre le reconozca". "Podrá entablar la demanda a nombre de un impúber cualquiera persona que probare haber cuidado de su crianza. Los menores de veintiún años serán asistidos en esta demanda por su tutor o curador jeneral o por un curador especial". "Por parte del hijo habrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el Juez a declarar bajo de juramento si cree serlo; espresándose en la citación el objeto de ella". "Si el demandado no compareciere pudiendo, i se hubiere repetido una vez la citación, espresándose el objeto, se mirará como reconocida la paternidad". "Los hijos de la concubina de un hombre serán tenidos como hijos de este, a menos que compruebe que durante el tiempo en que debió verificarse la concepción estuvo imposibilitado para tener acceso a la mujer". "Si por cualesquiera medios fehacientes se probare raptó, i hubiere sido posible la concepción mientras estuvo la robada en poder del raptor se tendrá a este como padre del hijo. En este caso el raptor será obligado además a suminis-

trar a la madre los alimentos que competan a su rango social. El hecho de seducir a una menor, haciéndole dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza. La acción que por este artículo se concede, espira en diez años contados desde la fecha en que pudo intentarse". "No es admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios que los expresados en los cuatro artículos precedentes". "Los hijos reconocidos a virtud de demanda judicial, en conformidad a lo dispuesto en este Título, y los que prueben hallarse en alguno de los casos de los artículos 321 a 323, adquieren la calidad legal de hijos naturales, como los reconocidos por instrumento público o por acto testamentario".

"Se deben alimentos congruos: 1.º Al cónyuge; 2.º A los descendientes; 3.º A los ascendientes...".

"Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos excepto a los hijos naturales. Cuando el finado haya dejado hijos legítimos i naturales, la herencia se dividirá en cinco partes, cuatro para los hijos legítimos exclusivamente, i una para todos sin distinción de legítimos i naturales". "Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos de grado más próximo, su conyuje i sus hijos naturales [...] Si el difundo no hubiere dejado descendientes ni ascendientes legítimos, le sucederán sus hermanos legítimos, su cónyuge, i sus hijos naturales; la herencia se dividirá en tres partes [...] Si el difundo no ha dejado descendientes, ascendientes ni hermanos legítimos, llevará la mitad de los bienes el cónyuge sobreviviente, y la otra mitad los hijos naturales [...] A falta de cónyuge llevarán todos los bienes los hijos naturales".

"La prescripción ordinaria de cosas muebles es de cuatro años, y la extraordinaria de ocho. La prescripción ordinaria de cosas raíces es de ocho años i la extraordinaria de diez y seis años". "La acción ejecutiva prescribe por ocho años i la ordinaria por diez y seis".

#### IV. EL MATRIMONIO Y LA FILIACIÓN EN LOS DEMÁS CÓDIGOS

En el Código del Estado de Cundinamarca, que se convirtió en patrón de los códigos de los Estados restantes, "El matrimonio no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges".

Dicho Código conservó la clasificación de los "hijos ilegítimos en naturales, o de dañado ayuntamiento, o simplemente ilegítimos". Para él, "Se llaman naturales los hijos habidos fuera del matrimonio, de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, cuyos hijos han obtenido el reconocimiento de su padre o madre, o de ambos, otorgado por escritura pública o en testamento. Se llaman de dañado ayuntamiento los adúlteros i los incestuosos".

"Por parte del hijo ilegítimo habrá derecho a que el supuesto padre sea citado ante el juez a declarar bajo juramento si cree serlo [...] y el demandado confesarse o si no compareciere pudiendo, i se hubiere repetido una vez la citación [...] se



mirará como reconocida la paternidad". "No es admisible la indagación o presunción de paternidad por otros medios...". "Si el demandado confesare que cree ser el padre, o [...] se mirare como reconocida la paternidad, será obligado a suministrar alimentos al hijo, pero solo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia". "Si [...] se probare raptó [...] el raptor será condenado a suministrar al hijo solamente los alimentos necesarios...".

"Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, sin perjuicio de la porción conyugal que corresponda al marido o mujer sobreviviente". "Si el difunto no ha dejado posteridad legítima, le sucederán sus ascendientes legítimos [...] su cónyuge y sus hijos naturales. La herencia se dividirá en cinco partes [...] una para los hijos naturales".

El Código Civil del Estado de Panamá siguió el mismo régimen en cuanto atañe a la clasificación de los hijos ilegítimos, pero introdujo una categoría adicional: la de "hijo puramente alimentario [que] solo tendrá derecho a alimentos respecto del padre o de la madre que le reconozca", quien puede limitar los efectos de su reconocimiento a los solos alimentos. Así mismo, fue más restrictivo en cuanto al acceso al estado de hijo natural, pues restringió la posibilidad de citación del padre a fin de que se pronuncie sobre la paternidad y la presunción de paternidad por raptó, a aquella intentada "con el solo objeto de exigir alimentos", y eliminó la presunción derivada del raptó. El reconocimiento del hijo espurio no puede darse sino por parte de la madre y si es casada, solo con el consentimiento de su cónyuge. Y en lo tocante a la cuestión sucesoral sus disposiciones son iguales a las del Código de Cundinamarca.

Relativamente al matrimonio, dispuso que "el matrimonio válido se disuelve por la muerte de alguno de los cónyuges, o por divorcio legalmente decidido", divorcio definido como "la rescisión legal del contrato de matrimonio", por: "1.º Adulterio de la mujer, judicialmente declarada; 2.º Amancebamiento del marido, judicialmente definido; 3.º El mutuo consentimiento de los cónyuges; 4.º El abandono voluntario de uno de los cónyuges respecto del otro, por más de cuatro años, judicialmente comprobado". "El mutuo consentimiento de los cónyuges dejará de ser causa de divorcio en los casos siguientes: 1.º Si el varón es menor de veinticinco años cumplidos, o la mujer menor de veintiuno; 2.º Cuando no han transcurrido dos años después de celebrado el matrimonio; 3.º Cuando han transcurrido veinte años después de celebrado el matrimonio; 4.º Si la mujer tiene cuarenta años cumplidos; 5.º Cuando los padres de los cónyuges, o por falta de ellos un conyuge de familia hasta el 4.º grado de consanguinidad o 2.º de afinidad, no convienen en que el divorcio se efectúe".

El Código del Estado de Antioquia conservó la clasificación de los hijos ilegítimos en naturales, con la restricción anotada, adulterinos e incestuosos. La solicitud de reconocimiento por parte del hijo ilegítimo está circunscrita a exigir alimentos, como también la comprobación de raptó al tiempo de la concepción.

Los hijos legítimos excluyen a los naturales en la herencia de sus progenitores.

El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados.

El Código Civil del Estado de Bolívar de 1883, clasifica los hijos en legítimos, ilegítimos y expósitos, y los ilegítimos en naturales y espurios: adulterinos e incestuosos. El hijo espurio puede ser reconocido como puramente alimentario, quien solo tendrá derecho a alimentos respecto de quien lo reconoció. El hijo simplemente ilegítimo puede requerir su reconocimiento, o la declaración de paternidad en caso de raptó, pero en ambas hipótesis solamente para exigir alimentos necesarios. "El hijo legítimo excluye a los padres y a los parientes colaterales". "El hijo natural reconocido, los padres, y el cónyuge sobreviviente, pueden ser coherederos". "Cuando sean coherederos el hijo legítimo y el natural reconocido, la parte del primero respecto de la del segundo estará en la proporción de nueve a tres". "Para dividir la herencia de la madre, serán admitidos como herederos por partes iguales, todos los hijos que ella reconozca como tales en su testamento, en otro acto solemne o que prueben serlo en la forma prevenida en este código, y pertenezca el hijo a cualesquiera de las clases en que los divide este código". "Los hijos concebidos durante la existencia del matrimonio putativo, y mientras no se tenga conocimiento por los padres de que el matrimonio tiene ese carácter, son legítimos y gozarán de los derechos de tales".

"El divorcio es la rescisión legal del contrato de matrimonio", por adulterio de la mujer o amancebamiento del marido, judicialmente establecidos, mutuo consentimiento, o abandono voluntario y judicialmente comprobado del otro cónyuge por más de cuatro años. El divorcio por mutuo consentimiento exige que hayan transcurrido dos años después de celebrado el matrimonio, y que el varón tenga veinticinco años cumplidos y la mujer veintiuno.

El Código de la Unión coincidía con el de Cundinamarca a propósito de la exclusión del divorcio como causal de disolución del matrimonio, y en cuanto a la clasificación de los hijos, pero admitía el acceso a la paternidad, con efectos plenos, por reconocimiento solicitado o en rebeldía, o por declaración judicial respecto del concubinario y del raptor, y como aquel, en cuanto a la herencia, preveía que "Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales; cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales, la herencia se dividirá en cinco partes, cuatro para los hijos legítimos exclusivamente, y una para todos los naturales".

## V. EL CÓDIGO CIVIL NACIONAL

Abolida la Constitución Federal de 1863 y configurada la República unitaria y centralista de Colombia por la Constitución de 1886, el año siguiente fue expedida por el llamado Consejo Nacional Legislativo la Ley 57, cuyo artículo 1.º previó: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley,

con las adiciones y reformas de que ella trata: el Código civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873...".

Resultado del cambio político y constitucional del país en 1886 fue dicha adopción del Código Civil de la Unión, como Código Nacional, por la Ley 57 de 1887, seguida a los cuatro meses de la Ley 153, que, fuera de establecer los linderos de la vigencia de la ley en el tiempo, con incorporación de las más de las disposiciones de la Ley chilena del 7 de octubre de 1861 sobre "el efecto retroactivo de las leyes", sentó pautas fundamentales sobre interpretación de la ley y aplicación de "la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho", que en distintas épocas le han permitido a la jurisprudencia pretoriana avances importantes del derecho.

## VI. MODIFICACIONES INMEDIATAS

Expresión del carácter regresivo del vuelco del país, fue la reforma del Código de la Unión recién adoptado. Así, la Ley 57 de abril de 1887 dispuso que la solicitud de reconocimiento del hijo legítimo se puede formular con el solo objeto de exigir alimentos, y que los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, y la Ley 153 de agosto de 1887, permitió la citación del supuesto padre para que declarara sobre la paternidad, igual que la declaración del raptor, pero en los dos casos, exclusivamente con efecto en caso positivo, limitado al cobro de alimentos necesarios.

Esas leyes eliminaron el divorcio y el registro civil exclusivo del Estado, al aceptar como prueba principal de las partidas eclesiásticas católicas de bautismos, matrimonios, legitimaciones y defunciones.

La Ley 30 de 1888 dispuso la nulidad *ipso iure* del matrimonio puramente civil por el matrimonio católico posterior. Y la Ley 35 del mismo año, aprobatoria del Concordato con la Santa Sede de 1887 preceptuó que todos los católicos, es decir, todos los bautizados, solo podrían contraer matrimonio de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, y que las causas de nulidad y separación de cuerpos serían del conocimiento exclusivo de la curia romana.

## VII. LAS PRINCIPALES LEYES REFORMATARIAS DEL CÓDIGO CIVIL

De la adopción del Código Civil nacional a hoy, como es natural, son numerosas las reformas que se le han introducido por ley o por decretos constitucionalmente dotados de fuerza legal, amén de aquellas que ha experimentado por obra de la jurisprudencia pretoriana.

### VIII. EN MATERIA DE MATRIMONIO, FILIACIÓN, RÉGIMEN SUCESORAL Y ESTADO CIVIL

La Ley 8.<sup>a</sup> de 1922 introdujo la acción de mera separación de bienes, por las mismas causales que autorizan el divorcio *quoad thorum et cohabitationem*, por hechos imputables al marido y por la disipación y el juego habituales. Así mismo precisó que el haber dado la mujer lugar a aquel divorcio no le hacía perder sus ganancias en la sociedad conyugal, y habilitó a las mujeres para ser testigos en todos los actos de la vida civil.

La Ley 54 de 1924, expedida luego de acuerdo con la Santa Sede, permitió el matrimonio civil de católicos que declararan formalmente haberse separado de la Iglesia y de la religión católicas.

La Ley 67 de 1930 restituyó la capacidad legal de la mujer casada, por efecto del divorcio.

La Ley 28 de 1932 declaró la capacidad civil plena de la mujer casada, le reconoció su derecho a administrar, usufructuar y disponer de cualquier derecho inmobiliario o mobiliario de que sea titular, y eliminó la representación suya por el marido, como también el poder de este para administrar y disponer de los bienes sociales.

La Ley 45 de 1936 restableció la definición de hijo natural del Código Civil del Estado de Santander, como aquel nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la ley, y con respecto a la madre, por el solo hecho del nacimiento. Siguiendo la pauta de la ley francesa de 1911, acogió como causales de declaración judicial de la paternidad: el rapto o la violación, la seducción y las relaciones sexuales notorias y estables a la época en que pudo tener lugar la concepción, el escrito o carta contentivos de confesión inequívoca de la paternidad, a más de la posesión notoria del estado civil de hijo. Adicionalmente reconoció el derecho herencial del hijo natural en la sucesión paterna como la mitad de lo que le corresponde a un hijo legítimo, y su condición de asignatario forzoso, en calidad de legitimario.

No habiendo definido la ley el punto de si la investigación judicial de la paternidad podía intentarse después de la muerte del presunto padre, la posición mayoritaria de la casación civil fue negativa, hasta sentencia del 31 de octubre de 1945, cuando por unanimidad declaró que la muerte del padre no implicaba la de la acción, interpretación que la Ley 75 de 1968 convirtió en precepto legal.

La Ley 92 de 1938 reguló íntegramente lo relativo al registro del estado civil de las personas, con asignación de la función a los notarios, alcaldes y cónsules, y determinó que en adelante solo se tendrían como pruebas principales del estado civil las copias de las partidas expedidas por aquellos funcionarios, en el ánimo de recuperar dicha función para el poder civil. Solo que les dio a las partidas parroquiales el valor de prueba supletoria, con lo cual dichos documentos conti-

nuaron siendo, en la práctica, la prueba por excelencia, hasta el Decreto extraordinario 1260 de 1970, que previno que en lo sucesivo únicamente los documentos de origen civil serían prueba del respectivo estado, y aceptó las partidas religiosas apenas como un medio de prueba, entre varios, para hacer extemporáneamente la inscripción en el registro civil.

La Ley 75 de 1968 reformó íntegramente la materia de filiación, a partir del reconocimiento de hijo natural, que puede hacerse antes de su nacimiento, el reconocimiento del hijo de mujer casada, la impugnación de la filiación legítima, la investigación judicial de la paternidad, la reducción del tiempo mínimo de posesión notoria a cinco años, el acogimiento de una nueva causal: el trato personal y social dado a la madre durante el embarazo y parto, el empoderamiento del juez para decretar pruebas de oficio, entre ellas, el reconocimiento pericial de las características antro-po-heredo-biológicas, grupos sanguíneos, caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, apoyada en estudios doctrinarios de la Universidad de Concepción (Chile). Y, de paso, reconoció la capacidad de las mujeres para ser "tutoras y curadoras en los mismos casos que los varones y para su habilitación de edad por matrimonio, igual que estos".

El Decreto Extraordinario 1260 de 1970 expidió el "Estatuto del registro del estado civil de las personas", con definición de este, su origen y su prueba, y puntualización del derecho a la individualidad y, por ende, al nombre, cuya imposición legal a la mujer casada eliminó, si que también del derecho a la intimidad al señalar la reserva de las actas, y protegió con medidas tanto preventivas como de cesación de la perturbación e "indemnización del daño a los bienes de la personalidad y del daño moral sufrido".

La Ley 20 de 1974 aprobó el Concordato con la Santa Sede de 1973, en el que se dijo que "El Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico" y se dispuso que "las causas relativas a la nulidad o la disolución del vínculo de los matrimonios canónicos ..., son de competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica", en tanto que las causas de separación de cuerpos de dichos matrimonios serán tramitadas por jueces del Estado: tribunal superior en primera instancia y Corte Suprema en segunda.

Los decretos extraordinarios 2820 de 1974 y 772 de 1975 modificaron el articulado del código civil en el sentido de igualar la condición de mujeres y varones, con especial acento en lo que hace a su posición dentro de la familia, poderes de dirección del hogar, representación de los hijos menores y usufructo legal.

La Ley 5.<sup>a</sup> de 1975 subrogó íntegramente el título del libro 1.º sobre la adopción: edades de adoptante y adoptado, adopción conjunta por los cónyuges, adopción del hijo natural por su padre o madre, o por uno de ellos juntamente con su cónyuge, prohibición de adoptar a personas mayores de diez y ocho años, salvo en caso de que el adoptante hubiere tenido el cuidado del adoptado con anterioridad a su cumplimiento de tal edad, clasificación de la adopción en sim-

ple y plena, y su empleo a discreción del o los adoptantes, y sus respectivos efectos, especialmente los hereditarios. Esta ley fue modificada por el Decreto Extraordinario 2737 de 1989, "Código del Menor", que también se ocupó de las materias de alimentos y administración de los bienes.

La Ley 1.<sup>a</sup> de 1976 restableció el divorcio vincular del matrimonio civil: divorcio sanción, "divorcio por enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o síquica de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud moral o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial, por condena privativa de la libertad personal superior a cuatro años, por delito común de uno de los cónyuges, que el juez que conozca del divorcio califique como atroz o infamante", y por "la separación de cuerpos decretada judicialmente que perdure más de dos años". Reguló los efectos del divorcio de matrimonio civil decretado en el exterior, introdujo la separación de cuerpos de cualquier matrimonio por mutuo consentimiento expresado ante juez competente, previno la disolución de la sociedad conyugal por la separación judicial de cuerpos o por la de bienes, judicial o convencional, y determinó que en caso de matrimonio nulo por falta de libertad de estado o impedimento de vínculo, "no se forma sociedad conyugal".

La Ley 27 de 1977 fijó la mayoría de edad en los diez y ocho años.

La Ley 29 de 1982 sustituyó la calificación de hijos "naturales" por la de "extramatrimoniales", y otorgó "igualdad de derechos herenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos", con lo cual se amplió el derecho de representación a toda la descendencia.

La Ley 47 de 1987 aprobó la "Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores de La Paz", de 1984.

El Decreto Extraordinario 2668 de 1988 autorizó la celebración del matrimonio civil ante notario, concurrentemente con el juez municipal del domicilio de cualquiera de los contrayentes, conforme a la precisión de la Corte.

La Ley 54 de 1990 definió la "unión marital de hecho", como aquella "formada entre un hombre y una mujer que sin estar casados [entre sí] hacen una comunidad de vida permanente y singular, durante no menos de dos años (sin impedimento legal para contraer matrimonio, o habiéndolo, luego de un año de liquidadas las respectivas sociedades conyugales)", con efectos análogos a los de la sociedad conyugal: las adquisiciones a título oneroso de cualquiera de ellos o conjuntas "pertenecen a ambos compañeros por partes iguales".

La Constitución Política de 1991 dispuso, dentro del capítulo de "los derechos sociales, económicos y culturales", que: (art. 42) "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla [...] Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes [...] Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio

cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley"; (art. 43) "la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades"; "el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia".

La Ley 25 de 1992, en desarrollo de aquellas prevenciones constitucionales, dispuso que "el matrimonio civil se disuelve también por divorcio judicialmente decretado y que los efectos de todo matrimonio religioso cesarán por divorcio decretado por juez"; reconoció universalmente el divorcio sanción, en los términos de la Ley 1.ª de 1976, el divorcio por separación de cuerpos, judicial o de hecho por más de dos años, y el divorcio por mutuo consentimiento, "manifestado ante juez y reconocido mediante sentencia".

La Ley 33 de 1992 aprobó el "Tratado de derecho civil internacional de Montevideo" de 1989.

La Ley 721 de 2001 introdujo como prueba ineludible y definitiva de la paternidad o maternidad la de los "marcadores genéticos de ADN".

## IX. EN MATERIA DE DERECHOS REALES

Antes de la adopción del Código Nacional, el Consejo Nacional Legislativo ya había expedido la Ley 32 de 1886, "sobre propiedad literaria y artística".

La Ley 120 de 1928 reconoció la legitimación de los acreedores y cualquiera otra persona que tengan interés en hacer valer la prescripción, a utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario, y proponer la acción declarativa de pertenencia.

La Ley 45 de 1930 limitó los efectos de la cláusula de reserva de dominio a la enajenación de bienes muebles.

La Ley 70 de 1931 autorizó y reglamentó la constitución de patrimonios de familia no embargables, y las leyes 91 de 1936 y 495 de 1999 la reformaron. La Ley 258 de 1996 estableció la "afectación [de inmueble] a vivienda familiar".

La Ley 50 de 1936 redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias, y amplió la legitimación para alegar la nulidad absoluta a "todo el que tenga interés en ello".

La Ley 200 de 1936, "sobre régimen de tierras", reformada por la Ley 100 de 1944, y posteriormente por la Ley 135 de 1961 y la Ley 160 de 1994, constituyó el primer esfuerzo de reforma agraria en el siglo XX. Modificó la normatividad ordinaria en materia de propiedad y posesión de bienes raíces: estableció el poder de declarar la extinción del dominio de predios rurales a favor de la Nación por el no ejercicio de la posesión mediante explotación económica por espacio de diez años continuos; aceptó como prueba de la propiedad privada frente al Estado los títulos inscritos en que consten tradiciones por un lapso no menor al que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, y estableció la prescrip-

ción adquisitiva de dominio en virtud de posesión con explotación económica por cinco años, de predio de propiedad privada que de buena fe se creyó baldío. En fin, introdujo expresamente como regla general la de que "nadie puede enriquecerse sin justa causa".

La Ley 86 de 1946 subrogó la Ley 32 de 1886 sobre propiedad intelectual.

La Ley 182 de 1948 reguló el "régimen de la propiedad de pisos y departamentos en un mismo edificio".

La Ley 66 de 1968 reguló "las actividades de urbanización, construcción y crédito para la adquisición de viviendas".

El Decreto Extraordinario 1250 de 1970 expidió el "Estatuto del registro de instrumentos públicos", dentro del cual reguló el catastro y creó el folio de matrícula inmobiliaria.

Las leyes 9.<sup>a</sup> de 1979 y 73 de 1988 y el Decreto 1546 de 1998 regularon las materias de "obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos", y la Ley 919 de 2004 "prohíbe cualquier forma de compensación, en dinero o en especie, por los componentes anatómicos".

La Ley 23 de 1982 reguló íntegramente la materia de propiedad de obras literarias, científicas y artísticas, y los derechos de autor, y fue modificada y adicionada por la Ley 44 de 1993.

La Ley 675 de 2001 expidió el "régimen de propiedad horizontal".

## X. EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La Ley 153 de 1887 aceptó la relevancia del contrato de promesa.

La Ley 51 de 1918 disciplinó el contrato de opción.

La Ley 201 de 1959, con carácter de ley interpretativa, dispuso que "en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento del estado de anormalidad en la celebración de un acto o contrato, que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado, y que se considera que la fuerza no cesa sino el día en que se declare restablecido el orden público".

El Decreto Extraordinario 960 de 1970 expidió el "Estatuto del Notariado", con reglamentación íntegra de la función, de su ejercicio y de la carrera notarial.

La Ley 56 de 1985, diciendo estar "inspirada en principios de equidad [...] y ante la necesidad de armonizar el ejercicio del derecho a la propiedad y su utilización con el interés social", entró a "regular los contratos de arrendamiento de los inmuebles urbanos destinados a vivienda y a determinar el valor del canon respectivo y sus ajustes". Este régimen fue modificado por la Ley 828 de 2003.



La Ley 222 de 1995, dentro de una reglamentación general de las sociedades y de la crisis de la empresa, reguló el ejercicio de la acción revocatoria por fraude a los acreedores por parte de estos y del interventor de aquella.

La Ley 791 de 2002 modificó el régimen de la prescripción: disminuyó los términos de prescripción. La prescripción adquisitiva ordinaria operará en tres años para bienes muebles y en cinco para bienes raíces. El término de la prescripción adquisitiva extraordinaria quedó en diez años, el de la prescripción extintiva de la acción ordinaria en diez y el de la ejecutiva en cinco. "La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, podrá invocarse por vía de acción o por vía de excepción, por el propio prescribiente, o por sus acreedores, o cualquiera otra persona que tenga interés en que sea declarada, inclusive habiendo aquel renunciado a ella". "No se contará el término de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista".

En conclusión, a todas luces es evidente que la materia que mayores modificaciones ha tenido es la relacionada con la familia: matrimonio, filiación y derecho sucesoral, seguida del régimen de derechos reales, y que las enmiendas y actualizaciones en lo relacionado con las obligaciones y los contratos han sido relativamente escasas. Posiblemente porque allí la jurisprudencia ha obrado con mayor desenvoltura y hondamente.

## XI. CONATOS DE REFORMA Y SUSTITUCIÓN DEL CÓDIGO

Cabe citar un intento de reforma del Código Civil con el trabajo de Comisión asesorada por el decano LEON JULLIOT DE LA MORANDIÈRE durante los años de 1939 y 1940, relativo a los principios generales, vigencia de la ley en el tiempo y en el espacio, su interpretación; matrimonio, estado civil, registro de la propiedad inmobiliaria. A él siguieron, años más tarde y en un contexto nada propicio, un proyecto general, en 1953, obra de comisión gubernamental; uno de igual ámbito y de total iniciativa privada del profesor ARTURO VALENCIA ZEA en 1980, publicado dentro de su obra de *Derecho civil*; y otro redactado por comisión revisora del Código Civil integrada por el Gobierno Nacional ese mismo año, de la que hizo parte aquel, y que concluyó su trabajo a mitad de la década. Ninguno de los cuales despertó entusiasmo, ni ha tenido acogimiento.

## XII. ALGUNAS REFORMAS PRODUCTO DE JURISPRUDENCIA PRETORIANA

A mitad de los años treinta del siglo pasado se produjo en Colombia un movimiento vigoroso, político, social, económico y, por supuesto, jurídico, enderezado a incorporar a la modernidad un país que había venido aletargado, sintiéndose empobrecido y humillado por la merma de su territorio, a la vez que sin alternativas políticas. La segunda República Liberal y el gobierno de la Revolución en

Marcha fueron el escenario y el protagonista de esa renovación: la reforma constitucional de 1936, con la recepción de los principios solidaristas de LÉON DUGUIT y el acogimiento de cláusulas de la Constitución de Weimar y de la República española, ante todo la función social de los derechos, y la renovación total de la Corte Suprema de Justicia en 1935, con el ingreso de una Sala de Casación Civil dispuesta a trabajar en equipo y a incorporar, divulgar y aplicar las tendencias recientes de buena fe, justicia, equilibrio prestacional y equidad en boga en Europa, especialmente en Francia.

De ese recorrido han de resaltarse algunos virajes jurisprudenciales altamente significativos, como modelos de interpretación sistemática, a la vez que libre, del derecho, sin renunciar al freno providente de la exégesis, y como logros en el empeño de poner el derecho a tono con las necesidades y las aspiraciones sociales presentes, enriquecida con el conocimiento de otros sistemas, pero sin perder de vista el medio propio.

La *buena fe*, como exigencia universal de comportamiento, instrumento ineludible para la interpretación y la integración del contenido contractual, a la vez que como un carácter distintivo de situaciones que exigen una protección más intensa de la confianza legítima: *buena fe creadora de derecho, apariencia, error communis facit ius*. La represión del *fraude*, en todas sus expresiones, a la ley nacional, a la situación futura, a los acreedores y otros sujetos eventualmente afectados indirectamente. La sanción del *abuso del derecho*, como refrendación de los deberes de continencia, armonía y consideración del otro, y la responsabilidad por el empleo malintencionado o desgreñado de un derecho sustancial o procesal, y la del *enriquecimiento sin causa*, torticero o injusto, considerado no simplemente como una fuente de obligaciones sustitutiva de aquella confusa y obsoleta del cuasi-contrato, sino como un patrón general de conducta y un remedio último. El acogimiento de la teoría de los *móviles determinantes*, la causa teleológica, tomada con grande entusiasmo como instrumento para asegurar la justicia contractual y proscribir la ilicitud. La *simulación*, como *figura iuris* autónoma, de suyo neutra, que impone diferenciar con esmero los efectos del *contrato inter partes* y respecto de terceros, y contrastar la buena fe de estos y aquellas. La *teoría de la imprevisión*, o sea la intervención del juez para reajustar la economía del contrato conmutativo de ejecución sucesiva o escalonada, alterada gravemente por circunstancias sobrevenidas e inevitables, a solicitud de la víctima.

### XIII. LA RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS

*Last, but not least*, viene la *responsabilidad por el daño causado en el ejercicio de actividades peligrosas, responsabilidad objetiva*, o simplemente sin culpa, ni real ni presunta, de tanta trascendencia y tan combatida, piedra de toque para individualizar la posición ideológica y el criterio jurídico del intérprete y del que ha dado en llamarse operador. Pero, también ejemplo sobresaliente de coincidencia en el crite-

rio y en la oportunidad de giros hermenéuticos y respuestas políticas a los problemas de nuestros pueblos, hermanados también en cuanto regidos por un mismo Código, que es paradigma de elegancia, diafanidad y tersura idiomática, que emulan con la coherencia y la equidad de sus máximas, que prolongan por medio de su fidelidad a la tradición hispánica y a la estirpe del *Code civil français*, la tradición romanista, dos caracteres integradores de la patria latinoamericana, cuya preservación es más apremiante hoy, en medio de los asedios de la globalización y las tentaciones de la post-modernidad.

Disciplinada la "*responsabilidad común por los delitos y las culpas*" partiendo de llamar a la indemnización a quien ha incurrido en culpa, cual lo previene el artículo 2314 C. C. chileno, al que corresponde el artículo 2341 C. C. colombiano, la casación colombiana, para afrontar el punto del riesgo creado, en sentencia del 14 de marzo de 1938, de la que fue ponente el magistrado RICARDO HINESTROSA DAZA, por así decirlo, "*descubrió*" el artículo 2356, correspondiente al 2329 del Código chileno, al anotar que "mal puede reputarse como repetición de aquel ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese; contempla una situación distinta y la regla, naturalmente, como a esta diferencia corresponde [...] Exige tan solo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer. / Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros [...] Si para aquella edad fueron escogidos como ejemplos el disparo imprudente de un arma de fuego; la remoción o descubrimiento de las losas de acequia, cañería, calle o camino sin las precauciones necesarias para que no caiga el transeúnte, o el dejar en estado de causar daño la obra de construcción o reparación de acueducto o fuente a través de un camino, apenas se podrá imaginar de qué ejemplos se habría valido el legislador en disposición dictada cuando el ferrocarril eléctrico queda a la zaga del automóvil, y en que los caminos y las calles se atestan y congestionan por obra del paralelo crecimiento y desarrollo de la población, de la producción y del intercambio comercial. La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas, y mira a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión de ejercicio de esas actividades [...] De ahí que [...] el agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elemento extraño. / A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han

dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho con la rigidez de los textos legales. / Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descarriada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima...<sup>18</sup>.

En 1939, la editorial Dalloz publicó en París los *Études de droit civil à la memoire de Henri Capitant*, encabezados por el del decano ARTURO ALESSANDRI, intitulado "Une nouvelle interprétation de l'article 2329 du Code civil chilien", en el que se lee: "En nuestra concepción, separándonos de la opinión generalmente admitida, según la cual el artículo 2329 no sería sino la repetición o la confirmación de la regla consignada en el artículo 2314, este precepto establece una *presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o las circunstancias en que se realizó, permiten atribuirlo a una culpa o al dolo del agente* [...] el legislador no dice que 'todo daño causado, cometido u ocasionado por la malicia o la negligencia de una persona' ni que 'daño proveniente de la malicia o la negligencia de otro', como lo habría debido decir si hubiera querido establecer una responsabilidad sobre la base de culpa probada, sino que "todo daño que se pueda imputar...". ... Si se acepta nuestro criterio, se trataría de un hecho susceptible de engendrar un daño [...] De acuerdo con nuestra interpretación se muestra como una disposición distinta de la otra y de gran utilidad, puesto que en ciertos casos, dispensa a la víctima del *onus probandi* [...] La presunción de culpabilidad depende de la naturaleza del hecho o de las circunstancias en que este se realizó [...] Si se acepta nuestro criterio, tratándose de un hecho susceptible de engendrar esta presunción, la víctima no necesita probar la culpa del autor del daño, ni la relación de causalidad entre aquella y este; le bastará establecer que sufrió un daño a causa de ese hecho. Establecidas las circunstancias, se presumirá la culpa del demandado, así como la relación de causalidad entre esta y el daño, y el demandado deberá probar su irresponsabilidad demostrando que el hecho ocurrió sin culpa de su parte, por caso fortuito, por imprudencia exclusiva de la víctima o de un tercero, etc. En ausencia de esta prueba, será condenado a la reparación"<sup>19-20</sup>.

18 *Gaceta Judicial*, t. XLVI, 215 y s.

19 *Études de droit civil à la memoire de Henri Capitant*, Vaduz y Paris, Topos Verlag AG y Librairie Edouard Duchemin, 1977, reimpr. anastática de la edición Dalloz, Paris, 1939, 10 y ss.

20 Valga señalar que la inquietud suscitada por la jurisprudencia francesa a propósito de la *responsabilité par le fait des choses*, en conexión con el artículo 2314 C. C. chileno, se encontraba ya en la memoria de prueba de C. DUCCI CLARO. *Responsabilidad civil (ex-contractual)*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Empresa El Imparcial, 1936, quien en la p. 134 advertía que "la única forma en que procederá la responsabilidad por el hecho de las cosas será aquel en que la jurisprudencia considere que del hecho mismo del daño se desprende el que se ha incurrido en negligencia [...] o sea que se trate de daños que puedan imputarse a malicia o negligenciaq de una persona por el solo hecho de producirse y sin necesidad de que esa malicia o negligencia se prueben".

Qué interesante y afortunado encuentro de concepciones y orientaciones, que me permito sugerir como un punto de referencia de lo que podría significar para el derecho en los dos países una alianza de estudiosos que, partiendo de la comparación entre las renovaciones legislativas e interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias de los textos comunes, muestre el estado actual de la cuestión en temas de especial importancia y actualidad y, si es posible, plantee soluciones conjuntas.

#### XIV. ALGUNAS DECLARATORIAS RECIENTES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Al elenco de vías de modificación del Código Civil cabe agregar últimamente varias declaraciones de inconstitucionalidad de preceptos suyos por resultar, a juicio de la Corte Constitucional, contrarios a los principios de la Carta de 1991: inconstitucionalidad sobrevenida. Valga citar los ejemplos de la presunción de derecho de la duración mínima y máxima del embarazo", la nulidad de los "contratos de compraventa entre cónyuges no divorciados", la nulidad de los actos del sordomudo que no puede darse a entender por escrito pero sí por otros medios.

#### XV. DIFUSIÓN Y EMPLEO DEL DERECHO CHILENO EN COLOMBIA

La doctrina civilista chilena, sólida y autorizada, ha sido conocida y citada entre nosotros con aprecio, como también la jurisprudencia. Recuerdo a mis profesores mencionando al señor VERA, a CLARO SOLAR, a BARROS ERRÁZURIS, y más próximamente a ALESSANDRI RODRÍGUEZ y a SOMARRIVA.

En ese mismo orden de ideas, hago mención de que cuando, en los años ochenta del siglo pasado, la casación colombiana hubo de aceptar la corrección monetaria de las obligaciones pecuniarias de valuta, desequilibradas por una fuerte inflación monetaria, argumentando que: "[P]artiendo del postulado legal de que el pago para que extinga la obligación debe ser completo, [y como] no se da tal fenómeno especialmente respecto de deudores morosos de obligaciones de dinero, cuando estos pagan con moneda desvalorizada, o sea sin la consiguiente corrección monetaria, pues en tal evento se trata de un pago ilusorio e incompleto como acertadamente lo sostienen la doctrina y a la jurisprudencia", echó mano de la tesis de FERNANDO FUEYO LANERI, con cita su obra *Corrección monetaria y pago legal*, por cierto, editada en Bogotá.

La bibliografía chilena circula y es conocida en Colombia: sobresalen las obras de CLARO SOLAR, ALESSANDRI, SOMARRIVA, FUEYO, LEÓN HURTADO, PESCIO, DUCCI, STICHKIN, LÓPEZ SANTAMARÍA, ALESSANDRI BESSA, FIGUEROA, los DOMÍNGUEZ, ABELIUK, junto a las profundas indagaciones en la historia, en el derecho romano y en la tradición romanista de ALEJANDRO GUZMÁN BRITO.

## XVI. EL FUTURO DEL CÓDIGO CIVIL

A esta altura de la presentación sobreviene ineludible la pregunta de qué hacer con el Código Civil, sobre la base de que buena parte de su orientación y de sus disposiciones corresponden a mentalidad, método y, sobre todo, circunstancias universales, regionales y nacionales no solo diferentes sino, en cuántos casos, contrastantes con de las de hoy. ¿Redactar un estatuto nuevo?, ¿seguir con la práctica de la "descodificación" y promulgar leyes dispersas reguladoras de materias específicas, al calor de los impulsos y de las presiones de distintos sectores?, ¿op- tar por una revisión de libro por libro, en el orden que sea?

Estas inquietudes estuvieron presentes en los sucesivos encuentros que tuvieron lugar el año pasado con oportunidad de la conmemoración del bicentenario del *Code civil*, tanto en Francia como en los distintos países que recibieron el in- flujo de dicho ordenamiento.

Están los ejemplos dispares de los códigos europeos y americanos de la últi- ma generación: en orden cronológico, el Bolivia, el de Perú, el de Paraguay, el de los Países Bajos, el de Quebec y el de Brasil; y de las reformas del BGB y del Dis- trito Federal de México. Además del Proyecto de código de Argentina. Y por último el Ante-Proyecto de reforma del derecho de las obligaciones (título III, libro III del *Code civil*), presentado hace dos semanas por la Comisión presidida por el Prof. PIERRE CATALA al Guarda Sellos, Ministro de la Justicia francés, y el de adi- ción del mismo Código con la materia de las garantías, a cargo de MICHEL GRIMALDI, auspiciados ambos por la *Association Henri Capitant*.

¿Qué tan apremiante es el *aggiornamento* del Código de BELLO? Para responder habría que tener en cuenta que el estado de la cuestión es diferente en lo que hace a los varios libros que lo conforman. El tema de la familia, como se anotó, ha sido insistentemente retocado y podría decirse que está al día. Allí el riesgo consiste en las tendencias separatistas de lo que se denomina "derecho del menor", en las que no dejan de advertirse nostalgias de la regulación estatal autoritaria de la fam- ilia, en contravía con la denominada "contractualización" de las relaciones en dicho campo, que campea en la mentalidad contemporánea. La cuestión sucesoral, comenzando por el testamento, ha venido a menos, como quiera que el proble- ma tributario o impositivo opaca las cuestiones de derecho sustantivo, y que la igualación de los derechos de todos los hijos, en la normatividad y más en la consideración social, dejó de lado la disputa entre los de distintas camadas, a tiem- po que el establecimiento de la filiación pasó de ser una materia jurídica doctrinaria y procesal a un resultado de prueba de laboratorio biológico.

La disciplina de las obligaciones y en particular la de los contratos, la más estable de todas a lo largo y ancho del mundo, trae consigo el dilema de si ha de ser un solo el régimen: de derecho privado, o si ha de mantenerse la dualidad de derecho civil y derecho comercial, que si no eliminó del todo, sí atenuó valiente y acertadamente el Código Civil italiano, seguido por los latinoamericanos de la

última generación. Cuestión que se enlaza y torna más compleja con el auge del comercio internacional y los intentos de unificación, si no de códigos, sí de principios en distintas regiones, ante todo en Europa.

Todo mueve a pensar que, sin perjuicio de la presencia de estatutos singulares, como los relativos a los derechos financiero y bursátil y de la navegación marítima y aérea, el régimen de las obligaciones y de los contratos ha de tener unidad de principios, al margen de que en determinados sectores, *ratione materia* o *ratione persona*, y valga el ejemplo del derecho del consumo, se inserten orientaciones más intervencionistas o más protectoras, por cierto no incompatibles con los principios generales, reservados al Código, que bien pueden ser permeados por aquellas, a la vez que pueden contribuir a morigerar los de estas, en un movimiento de vasos comunicantes, que alienta la ilusión de avance, a tiempo que el deseo de temperamento.

No creo que nuestros países estén maduros para una nueva codificación iusprivatista. Y no lo digo solamente observando el resultado del cotejo entre la claridad, precisión, concisión y nobleza del lenguaje del señor BELLO, que otro tanto se ha dicho del idioma del *Code civil*, con la ampulosidad, ambigüedad y dispersión de la legislación actual, proclive a atentar contra el derecho fundamental a la claridad e inteligibilidad de la norma. Simplemente la reforma del Código Civil, y más la redacción de uno nuevo, no es la prioridad nacional de hoy. Hace un par de años, el presidente de la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes resolvió encargar intonsamente a un grupo de personas la elaboración de un nuevo Código Civil, invocando como razón definitiva la de que el actual tiene más de cien años; esto es, porque se encuentra en edad de "retiro forzoso". En 1971 fue promulgado el nuevo Código de Comercio, con espíritu de relevo del Código Civil, cuyo libro 4.º, relativo a las obligaciones y los contratos, siguió a pie juntillas la pauta del Código Civil italiano, especialmente aquellas "*Dei contratti in generale*". En tales condiciones, cualquiera reforma en la materia habría de tener en cuenta esa doble dualidad de los ordenamientos: la duplicidad de la disciplina y la diversidad de las normas, que incluso ha llegado a suscitar problemas de monta, dado el espíritu de absorción del Código mercantil y la dificultad en muchos casos de establecer el carácter comercial o civil de la operación, y habría de proceder haciendo pie en los principios generales del derecho.

Pienso, sin más, que a todas luces sería preferible adelantar con tiento y serenidad, singularmente en cuanto a las obligaciones y los contratos, un inventario de las materias, cuestiones, normas que puedan juzgarse obsoletas o sobrepasadas por los hechos; de los vacíos o lagunas que la doctrina y la jurisprudencia han ido encontrando en la ordenación; de las orientaciones, vacilaciones, avances de la jurisprudencia y de la doctrina, con miras, sea a su inserción en el Código, sea a la variación de su sentido, antes de hablar de proyecto de reforma propiamente dicha del Código Civil.

Me auguro, pues, que tendremos Código de BELLO para un buen rato, especialmente en la medida en que enarbolando sus principios de justicia, buena fe, equidad, equilibrio, prevalencia del interés público y solidaridad, la jurisprudencia los vaya proyectando a las nuevas circunstancias, con independencia, vigor e idealismo. Pues de otro modo, el muro de contención sería desbordado más pronto que tarde, con la fuerza centrífuga, dispersa e impulsiva que desencadena la represión.



